

LA SUBASTA JUDICIAL Y LA INTERVENCIÓN NOTARIAL*

Por **Jorge Raúl Causse**

Para considerar el tema propuesto para esta reunión debemos polarizarlo concentrando nuestra atención en dos de los aspectos que forman parte de él: la subasta y la intervención notarial. Sucesivamente nos ocuparemos de ambos.

I.) Subasta. Origen del vocablo. Subasta y remate. Diferencias

A.) El origen del vocablo “subasta” tiene poco que ver con su concepto actual, porque lo que más se le aproxima de la concepción del medioevo es que se trata del ejercicio de una facultad dispositiva sobre los bienes de algún deudor.

“Subasta” es la designación técnica de una acción que comprende las distintas actividades que deberá cumplir un rematador, desde la lectura del aviso que la anuncia hasta que baja el martillo por tercera vez y le adjudica al mejor postor el bien que se remata.

Si bien “subasta” y “remate” se vinculan entre sí del mismo modo que la potencia y la acción, ese preciosismo es intrascendente en nuestro medio porque en el léxico mundano se los identifica.

B.) Sin embargo, procesalmente se pone el acento para marcar una diferencia esencial: no toda subasta es judicial porque de hecho las hay privadas y no toda subasta judicial tiende a la ejecución de una sentencia condenatoria, lo

*Sesión pública del 7 de octubre de 2002.

que es cierto porque también se apelará a ella para la división de bienes comunes o para la distribución del caudal relicto entre los herederos¹.

Dentro de aquel ámbito jurídico y con el inocultable propósito de acentuar esta diferencia, se designó como “subasta” a toda venta forzada y como “remate” a la venta voluntaria². Las razones expuestas para justificar esta doble designación no son menores.

En efecto y tal como señalara Morello³, en el afán de simplificar le aplicamos a la subasta todas las reglas que conciernen al contrato de venta, sin advertir que la analogía tan sólo es admisible en el resultado final: la transferencia del dominio.

Aquella doble designación sigue siendo relevante a pesar de que en el Código de rito se utilicen –sin distinción aparente– las voces “remate” y “subasta”, porque al fijarse el ámbito para el cumplimiento de la sentencia de remate, el distingo se hace claramente visible. Así, el artículo 559 del CPCCN establece que: “Si la subasta se dispone a requerimiento de propietario o de condómino y no en cumplimiento de una sentencia de condena, la operación se regirá por las normas del derecho sustancial; en este caso, las que se establecen en este Código sólo serán aplicables en lo que fueren conciliables con aquéllas”.

Señala Palacio –para nosotros siguiendo el criterio de quienes adhieren a la doble designación– que la norma debió referirse no “al cumplimiento de una sentencia de condena” sino “al cumplimiento de una sentencia de condena o de remate”, ya que ésta última no es en rigor condenatoria. No obstante, destaca el acierto del artículo porque finalmente diferencia entre la subasta que se decreta para “hacer efectiva la ejecución procesal forzada y la venta en remate dispuesta judicialmente a fin de dividir el condominio o de realizar la partición de una herencia, pues ambas, pese a la circunstancia de que conforman actos procesales, difieren en cuanto a sus presupuestos, naturaleza y efectos, sin perjuicio de que, en lo compatible, las reglas correspondientes a la primera se apliquen supletoriamente a la segunda”⁴.

II.) Naturaleza jurídica de la subasta

Pensamos que estas reflexiones previas sobre las particularidades que diferencian subasta y remate nos permiten ubicar mejor a nuestro tema para analizarlo en sus características esenciales.

En este análisis, una primera tarea es la de establecer si es posible asemejar la subasta ordenada para el cumplimiento de una sentencia de condena con la compraventa civil. Para lograrlo es indispensable adentrarnos en la problemática de la naturaleza jurídica.

(1) SOSA, Toribio Enrique, *Subasta judicial*, Edit. Librería Editora Platense, La Plata, 2000, pág. 9.

(2) MORELLO, Augusto Mario, “Importante contribución de la Casación de la provincia de Buenos Aires al tema de la subasta judicial”. Nota a fallo. *J. A.*, 1990-II, pág. 286.

(3) MORELLO, op., cit., pág. 288.

(4) PALACIO, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, t.VII (Procesos de conocimiento [sumarios] y de ejecución), Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1984, págs. 562/3.

Las teorías que se han expuesto visualizan el problema desde diferentes centros de atención:*

A.) Las tesis contractualistas

1.) Aquellos cuya óptica es la del derecho privado (calificada como contractualista) pretenden equiparar la venta forzada con la voluntaria, lo que presupone que vendedor y comprador prestarán su consentimiento tal como inexorablemente deberá ocurrir para que ésta última exista.

Teniendo que descartar que en la venta forzada ocurra la prestación de ese consentimiento por parte del deudor ejecutado, se buscó la solución teorizando sobre su potencial representación. Así se sostuvo:

1.1.) Que el acreedor ejecutante vende en calidad de mandatario *ex lege* del deudor, o que dicha venta es el ejercicio de un mandato implícito conferido por todos los acreedores, haciendo valer su derecho a vender, el que consiguen a su vez del deudor porque está obligado a cumplir con las obligaciones contraídas, respecto de las cuales responde con todo su patrimonio⁵.

La réplica fue contundente, al punto de que ambas posturas fueron abandonadas. Los argumentos esgrimidos en su contra hicieron notar su inconsistencia frente a la irremediable incompatibilidad de intereses entre un deudor que se resiste a pagar y reniega de desprenderse de la cosa embargada y los de los acreedores que aspiran a ser pagados con el producido de lo que se obtenga en el remate. Por otra parte, que no se tiene en cuenta el rol que compete al órgano jurisdiccional, lo que genera equívocos sobre la naturaleza y alcance de su función.

1.2.) Que el juez vende en representación del acreedor haciendo efectivo su derecho de vender, siendo que este derecho lo adquirió en forma genérica sobre todos los bienes del deudor al momento de contraer la obligación, el que se concreta a través del proceso ejecutivo. Como consecuencia de éste, el juez declara el derecho de venta que le incumbe al ejecutante y, a posteriori, confirma el negocio celebrado entre éste y el adjudicatario del bien que se subasta.

Esta tesis también fue resistida sosteniéndose que, en todo caso, correspondería hablar de un derecho a la venta y no de venta porque no se materializa a través de una declaración de certeza sino mediante la realización coactiva de

(*) Para presentar la síntesis de estas teorías apelamos a los siguientes textos: *Derecho Procesal Civil* de Lino Enrique PALACIO, t. VII, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1984 y *La subasta judicial (Teoría General)* de José Nicolás TARABORRELLI, *La Ley*, 1994, E. Doctrina.

(5) Palacio, Lino Enrique, ob. cit., pág. 563. Este autor, en nota 51, menciona a LUZZATI como sostenedor de la primera variante y a MIRABELLI, de la segunda; ambos citados por PUGLIATTI en su obra *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milán, 1935, págs. 271 y 272 y agrega: “Dentro de las teorías de esta índole se ubica la de GARSONNET y CEZAR BRU, para quienes el rol de vendedor se divide entre el acreedor y el deudor; el primero pone la cosa en venta, dirige el procedimiento y determina las cargas que deben ligar al futuro adjudicatario con respecto a los acreedores; el segundo, en cambio, soporta la venta pero consiente tácitamente en abstenerse de formular objeciones que puedan modificar tales cargas. Existen de tal modo dos vendedores contra los cuales el adjudicatario puede accionar en garantía (*Traité théorique et pratique de procédure*, t. IV, 2ª edición, París, 1901, pág. 779).

los bienes y que, siguiendo su estructura, el total de lo que se obtenga en el remate debería entregarse al ejecutante en perjuicio de otros acreedores con derechos preferenciales. Por otra parte, que si el ejecutante resultara adjudicatario estaría contratando consigo mismo y que su vínculo con el órgano judicial quedaría en el marco de una relación de derecho privado, incompatible con la función jurisdiccional. Finalmente, que los acreedores ejecutantes no responden por saneamiento en caso de evicción ni por los vicios redhibitorios de la cosa, desde que tampoco responde el propietario, según veremos.

1.3.) Que el mandato tácito se lo otorga el deudor al juez a fin de que decrete la venta de sus bienes, para pagarle al acreedor ejecutante con el producido que se obtenga. Esta tesis fue expuesta por el Codificador, en la parte final del cuarto párrafo de la nota al artículo 3939 (primera norma que regula el Derecho de Retención), en estos términos: “Lo que se dice de la enajenación voluntaria, debe también decirse de la enajenación judicial, pues ella no es sino el ejercicio, por parte de los acreedores, del derecho de enajenación que tiene su deudor, y la adjudicación, aunque tenga lugar a instancia de los acreedores, en definitiva se hace en nombre del deudor”. Esta norma es compatible con lo que dispone el inciso 4º del artículo 1324º en el sentido de que el propietario se encontrará en la necesidad jurídica de vender cuando sus bienes sean rematados en virtud de ejecución judicial, y es del caso recordar que Bibiloni, en su Anteproyecto, se decidía por su supresión al considerarlo puramente didáctico e inútil y, en alguno de sus supuestos, inexacto, pues si la venta es siempre un acuerdo dependiente de la voluntad, la llamada forzosa no es una venta hecha por el dueño, sin perjuicio de la aplicación subsidiaria de las reglas de la compraventa⁷. El esfuerzo por analogar la venta forzada con la voluntaria lleva a sostener a los autores que siguen esta teoría que el consentimiento del deudor es implícito y fue anticipado en oportunidad de contraer la obligación. En contrario se consideró que es insostenible presuponer un consentimiento tácito, cuando la venta se realiza contra su voluntad o prescindiendo de ella, lo que a la postre implicaría que el órgano judicial estaría sustituyendo una voluntad inexistente. Por último, que presuponiendo la prestación de ese consentimiento, su consecuencia es que responda por evicción y por vicios redhibitorios, lo que no tiene sustento legal por aplicación de lo dispuesto por los artículos 2122 y 2171 del Código Civil.

B.) La tesis intermedia

Partiendo de la anterior, Carnelutti esboza una salida para resolver el problema de esta representación forzada, sosteniendo que, por cuanto el deudor se encuentra afectado por una ostensible incapacidad que le impide ejercer las

(6) FENOCCHIETTO-ARAZI, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*. Comentado, t. III, Edit. Astrea, Bs. As., 1987, pág. 4.

(7) La cita corresponde a la obra de SALVAT, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, 2ª edición actualizada por ARTURO ACUÑA ANZORENA, Edit. Tipográfica Editora Argentina, Bs. As., 1957, pág. 263 (nota 18.a.).

facultades dispositivas respecto del derecho del que es titular, ese ejercicio lo asume el órgano jurisdiccional como administrador legal del deudor⁸.

La tesis fue rebatida con argumentos muy contundentes. En primer lugar, que el embargo que afecta al inmueble que se subastará no le provoca al deudor ningún tipo de incapacidad que justifique que deba ser representado por un administrador legal; en segundo término, que el órgano judicial actúa en representación del o de los acreedores y no del deudor a quien, por otra parte, no puede proteger debido a la imparcialidad con la que debe actuar.

C.) Una tesis procesalista

En nuestro medio, Raymundo L. Fernández se ocupó de advertir que, para establecer la naturaleza jurídica de la subasta judicial, es necesario abandonar el campo del derecho privado e incursionar en el del derecho público, que abarca a la ciencia procesal porque, precisamente, el contenido y alcance de ese fenómeno ocurren exclusivamente en el ámbito del proceso. Este autor concluye sosteniendo que el órgano ejecutivo cumple una función pública y procede por sí a la ejecución de todos los actos procesales que tiendan a la consecución del fin perseguido con el proceso ejecutivo: la satisfacción legítima del ejecutante⁹.

Chiovenda fue el precursor de esta teoría observando que son diferentes la facultad de disponer de un derecho, del derecho del que se dispone. Que aquella no es sino la consecuencia de habersele expropiado dicha facultad al deudor, la que tiene lugar al dictarse la sentencia que autoriza la venta. Que al tiempo de la subasta, “la autoridad no ‘quiere’ en vez del deudor, ni en su representación, sino que ‘quiere’ por cuenta propia, en virtud de la facultad de enajenación de la que el deudor ha sido despojado y que la misma ha sido conferida para los fines de su función”. Que como consecuencia del acto de rematar queda concertada una relación contractual de derecho público entre la jurisdicción y el mejor postor¹⁰.

La tesis no resultó exenta de críticas. Satta calificó de “inútil complicación” la idea de la expropiación de la facultad de disponer del bien¹¹ y otros autores (Pugliatti, Zanzucchi, Micheli, D’Onofrio) señalaron que ni el embargo ni la orden de vender producen la referida expropiación. Que, en todo caso, se trataría de una limitación de la facultad de disponer, porque el deudor puede enajenar los bienes embargados (lo que en nuestro medio está admitido por los artículos 1174 y 1179 del Código Civil), dejando a salvo los derechos de los acree-

(8) CARNELUTTI, Francesco, *Lezioni di Diritto Processuale Civile. Processo di esecuzione*, t. II, pág. 224; *Sistema di Diritto Processuale Civile*, t. I, pág. 327 y *Teoria Generale del Diritto*, pág. 323.

(9) Conf. TARABORRELLI en op. cit., pág. 1442 citando a FERNÁNDEZ, Raymundo L., *Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Capital de la Nación Argentina. Concordado y comentado*, Bs. As., 1950, pág. 441.

(10) CHIOVENDA, Giuseppe, “Sobre la naturaleza jurídica de la expropiación forzada”, en *Ensayos de Derecho Procesal Civil* (Trad. de Santiago Sentís Melendo), t. III, pág. 329.

(11) SATTA, Salvatore, *Diritto Processuale Civile*, 5ª ed., pág. 464.

dores. Además de que no se entiende por qué si el órgano judicial puede expropiar la facultad de disponer, no expropia directamente los bienes del ejecutado.

D.) La tesis procesalista pura

La afirma Palacio en estos términos: “[...] al proceder a la venta forzada el órgano judicial ejerce un poder de imperio ínsito en la función jurisdiccional, el que ninguna relación guarda con los eventuales poderes sustanciales que los sujetos privados del proceso tienen con respecto al bien o a los bienes sobre los que versa la enajenación. El órgano tampoco actúa, por lo tanto, en sustitución de la actividad del deudor, sino en virtud del ejercicio de un poder autónomo y a raíz del pedido de venta formulado por el ejecutante en el período correspondiente al cumplimiento de la sentencia de remate”¹².

E.) La tesis mixta

Fue anticipada por la Sala C de la CNCom., con fecha 9.10.1975 en autos “CABALLI, Jamil y Nuri s/ Quiebra”¹³ y sostenida por la Sala B de la misma Cámara el 14.3.1977 en autos “Compañía General Papelera de Buenos Aires s/ Quiebra”¹⁴, resistiéndose a negarle la calidad de contrato. Califican a la subasta judicial como una compraventa de naturaleza mixta porque se trata de un acto procesal-sustancial, adhiriendo a esta corriente Bustos Berrondo, para quien se trata de un fenómeno híbrido de derecho civil, procesal y notarial¹⁵.

III.) Subasta y adquisición del dominio: ¿originaria o derivada?

La síntesis expuesta sobre las teorías que se han sostenido revela que tienen como elemento común al sujeto que vende, por lo que ahora corresponde introducir a quien finalmente resulte adjudicatario a fin de establecer si éste adquiere en forma originaria o derivada.

La doctrina identifica al primero de estos modos “cuando la cosa se adquiere independientemente y pese al derecho que tenía el propietario anterior, o cuando la cosa no tenía dueño (*res nullius*), como sucede con la apropiación, la especificación, la accesión, la percepción de frutos y la prescripción adquisitiva. En estos casos el derecho de dominio se adquiere con total amplitud sin más limitaciones que la que pueda imponer la ley”¹⁶.

El modo derivado ocurre “cuando se adquiere de un titular anterior (arts. 3265 y mortis causa)”, lo que “trae como consecuencia que el adquirente tendrá la cosa con todas las cargas, gravámenes y limitaciones (arts. 3266, 3278, etc.) que pesaban sobre aquél, además de las que la ley le imponga, porque pre-

(12) PALACIO, op. cit., pág. 567.

(13) *Repertorio ED.* 11-949-t. 70-75.

(14) *ED.* 77-449, *LA LEY* 1977-C-301.

(15) BUSTOS BERRONDO, Horacio, *Juicio ejecutivo*, Ed. Platense SRL, 1981, pág. 262.

(16) PAPAÑO, Ricardo J.; KIPER, Claudio M.; DILLON, Gregorio A.; CAUSSE, Jorge R., *Derechos Reales*, t. I, Ed. Depalma, Bs. As., 1989, pág. 211.

cisamente es para él la aplicación del principio romano *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet*¹⁷.

Dicho lo anterior, nos parece conveniente rescatar la controversia que en doctrina quedó planteada sobre la calidad de “originaria” de la adquisición verificada por el transcurso del tiempo (prescripción adquisitiva)¹⁸, y la aportamos por considerarla coadyuvante para la dilucidación del interrogante planteado, según veremos.

Nos inclinamos por calificar a esta adquisición por prescripción como originaria –al menos respecto de la usucapión larga–, porque “[...] quien prescribe la cosa, o sea el usucapiente, no deriva su derecho del propietario anterior, porque no obtiene la cosa de él. Aquél no es su autor, ni éste su sucesor, porque desde el inicio de su posesión él es un contradictor del *dominus* (art. 2401), pues pretende la cosa para sí (art. 2351), para lo cual realiza actos posesorios idóneos (art. 2384). Su adquisición no se deriva de la posesión del propietario anterior sino que, al contrario, se origina en su propia posesión, a la cual la ley, al cabo de cierto tiempo y cumplidas determinadas condiciones, le reconoce efectos jurídicos adquisitivos, haciéndole perder el dominio al anterior propietario (art. 2606) contra su voluntad. Por eso la cosa se adquiere independientemente y pese al derecho que tenía el propietario anterior. Sin embargo, ello no significa que el adquirente por usucapión no deba respetar los desmembramientos del derecho que el anterior propietario hubiere hecho en la cosa, como, por ejemplo, la constitución de una servidumbre, que subsistirá porque es oponible *erga omnes*, incluso a quien adquirió por prescripción. Y lo mismo sucederá con ciertas obligaciones que siguen a la cosa, porque es el poseedor quien debe responder, y con la hipoteca constituida por el anterior propietario, porque al ser un derecho real, también le es oponible a él, aunque sólo responderá con la cosa y no con todo su patrimonio”¹⁹.

Esa calidad de parte contradictora que asume el actor usucapiente no la tiene quien adquiere en subasta lo que, para nosotros, robustece el carácter derivado de su adquisición. Como lo afirmara la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, recién asumirá el carácter de parte cuando, cumplidos los trámites procesales propios y “[...] consumada la interferencia del poder jurisdiccional sobre el inmueble que forma parte del patrimonio del deudor” adquiera el inmueble en la subasta dispuesta²⁰.

Ese adquirente hace suyo el derecho que tenía el propietario anterior, no porque éste último lo haya perdido en los términos del artículo 2606 del Có-

(17) ULPIANO, *Digesto*. Libro 50, Título 17, Ley 54: Nadie puede transferir a otro más derecho del que él tiene. *El Digesto de Justiniano*, tomo III, pág. 873, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1975. Versión castellana por A. D’ORS; F. HERNÁNDEZ TEJERO; P. FUENTESECA; M. GARCÍA-GARRIDO y J. BURILLO, incorporado por nuestro Codificador al art. 3270. Conf. PAPAÑO, KIPER, DILLON, CAUSSE, op. y loc. cit.

(18) v. LAQUIS, Manuel Antonio, *Derechos Reales*, t. II, págs. 426 a 438, Bs. As., 1979.

(19) PAPAÑO, KIPER, DILLON, CAUSSE, op. cit., t. III, págs. 33/4.

(20) Acuerdo 35.594 de fecha 15.3.1988 emitido en autos caratulados “ALSA S. A. C. F. I. c/ FERNÁNDEZ, Eugenio Oscar y/o quien resulte propietario. Apremio. Incidente de Nulidad”, JA. t. 1990-II-281; DJBA. 1988-134-185; ED. 130-421.

digo Civil, porque cuando esta disposición legal permite atribuírselo a otra persona es en los casos que expresamente indica: transformación, accesión o prescripción.

Lo adquiere merced a un procedimiento que admite transferírsele al mejor postor en la puja y hasta ese momento será “[...] un tercero de buena fe que participa de un acto jurídico complejo, para adquirir el dominio de un inmueble a título oneroso”²¹.

Existen otros elementos de juicio que también deben ponderarse para decidir finalmente si quien adquiere en subasta judicial lo hace en forma originaria o derivada.

A.) ¿Por la subasta se adquiere un derecho distinto?

Entendemos que no y señalamos nuestras razones. El derecho que va a adquirir el postor triunfante en la puja pública no podría ser otro que el de dominio del que era titular el ejecutado perdidoso; dominio que, a su tiempo, hubo de haber sido suficiente para servir de garantía al acreedor ejecutante. No parece convincente la idea de que la subasta pueda crear un nuevo derecho de dominio, el que finalmente le será transferido al adquirente. Que de pronto al derecho de dominio del ejecutado y como consecuencia de la subasta se lo despoje de los gravámenes o cargas reales que pesen sobre él, para que el adquirente lo haga suyo libre de ellas, no resulta un argumento terminal para sostener que se trate de un derecho diferente. Lo contrario implicaría admitir una transgresión en el régimen regulatorio de los derechos reales, cuya norma esencial prescribe que éstos sólo pueden ser creados por la ley (artículo 2502 Código Civil).

B.) ¿El adquirente en subasta es un sucesor singular del ejecutado?

No encontramos razones para negarle tal carácter, porque si bien y como consecuencia de la subasta ese adquirente no sería aquel al que se refiere el artículo 3265 del Código Civil (transmisión por contrato mediando tradición), sí lo es en los términos del concepto legal dado por el segundo párrafo del artículo 3263²².

Esta doctrina no es totalmente compartida porque en otro ámbito judicial se ha sostenido que “[...] el adquirente en la subasta no es un sucesor particular del transmitente forzado sino titular *ab origine* a raíz de una fuente jurídica propia: el poder expropiatorio jurisdiccional que en los procesos compulsorios tiene el juez”²³.

Palacio nos aporta elementos de juicio de mucho valor cuando examina el contenido de algunas decisiones judiciales. Señala que en una de ellas se sostuvo que por la subasta se extingue un dominio preexistente y se hace nacer a

(21) Acuerdo citado en nota anterior.

(22) Esto aparece confirmado en el Acuerdo que citamos en nota (20).

(23) Sala II de la Cám. Civil y Comercial de Morón, de fecha 14.08.2001 (citando a MORELLO y colaboradores), Jurisprudencia, *La Ley*, Buenos Aires, pág. 357.

favor del comprador el derecho real derivado²⁴, criterio que comparte, naturalmente; dejando a salvo nosotros que encontramos cierta incompatibilidad entre la extinción que se decreta y la derivación que se atribuye.

En otras –agrega– se admitió que la transferencia por la subasta implica la atribución de derechos autónomos con prescindencia de los derechos del transmitente, pues el adquirente recibe el inmueble libre de gravámenes que se trasladan al precio de venta por el principio de subrogación real²⁵.

Responde a ésta última señalando que es, sin duda, “[...] una conclusión errónea, por cuanto el mencionado principio carece de relevancia para asignar carácter originario a la adquisición y puede, precisamente, invocarse para demostrar la continuidad o la sucesión regular entre los titulares del derecho sobre la cosa, pese al predominio que sobre dicho derecho pudo tener el órgano judicial, al punto de disponer su transferencia al margen de la voluntad del titular precedente”²⁶.

Concluimos esta mirada a las doctrinas que se ocuparon de establecer la calidad del adquirente en subasta citando parte de lo resuelto en plenario por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil el 18.02.1999, en autos: “SERVICIOS EFICIENTES S. A. c/ YABRA, Roberto Isaac s/ EJECUCIÓN HIPOTECARIA”²⁷. Dijo la mayoría en primer término y en forma impersonal, siguiendo a Busso: “[...] La aproximación al tema objeto de esta convocatoria debe formularse desde el principio genérico según el cual la transferencia de un inmueble realizada en subasta pública tiene el carácter y alcances de un ACTO DE ATRIBUCIÓN DE DERECHOS AUTÓNOMOS (el énfasis es nuestro) a favor del adquirente, con prescindencia de los derechos del transmitente, puesto que aquél recibe el inmueble libre de todo tipo de cargas, que se trasladan al precio de compra, en virtud del principio de subrogación real”²⁸.

Agrega luego esta mayoría: “[...] Al respecto debe observarse que ese MODO AUTÓNOMO DE ADQUISICIÓN (el énfasis es nuestro) resulta configurado por una serie de elementos formales y de fondo que hacen de la venta en subasta pública un acto jurídico complejo, que desborda los límites del derecho privado y encuentra adecuada formación en la conjunción de los derechos civil y procesal, la que no coincide con el contrato de compraventa”.

Finalmente rescatamos este otro párrafo del plenario vinculado con el tema: “[...] Lo destacable en esta cuestión es la AUTONOMÍA DEL DERECHO TRANSMITIDO (el énfasis es nuestro) y la ausencia de convención en los términos a que aluden los citados arts. 3265 y 3266 del cód. civil. Por lo tanto, aun cuando el adquirente en la subasta judicial pueda considerarse un sucesor singular de la cosa por el carácter que reviste su derecho, debe estimarse que

(24) CNCiv. Sala B, *ED.* t. 75, pág. 578.

(25) CNCiv. Sala B, *ED.* t. 77, pág. 448; CNCom. Sala B, *ED.* t. 80, pág. 452.

(26) PALACIO, op. cit., pág. 568.

(27) *ED.* t. 183, págs. 96 y ss., con nota de Manuel Horacio Castro Hernández.

(28) BUSSO, Eduardo, *Código Civil Anotado*, t. 4, Edit. Plantíe, Bs. As. 1951, pág. 44, párr. 180.

no lo es en los términos de estas disposiciones legales. En consecuencia, no debe recibir la cosa con carga alguna”.

Enfatizamos los términos utilizados porque consideramos que se ha predicado sobre diferentes autonomías. Por un lado, refiriéndola al acto de atribución de derechos; por otro, para calificar el modo de adquirir y, por un tercero, para dimensionar la calidad del derecho que se transmite.

Tenemos para nosotros que lo que no se debe confundir es el ejercicio de la potestad jurisdiccional para disponer con el derecho del que se dispone. La intervención del órgano judicial procesando la transferencia del dominio del ejecutado sirve para distinguirla de aquellas que ocurren mediando la libre voluntad del titular, pero es insuficiente para destruir el principio de continuidad de ese dominio, el que pasará a seguir en cabeza del adquirente en subasta, ahora bajo las condiciones impuestas por el plenario. Por esta última circunstancia justificamos que se sostenga la calidad de autónomo del derecho que se transmite.

En cuanto a calificar el acto de atribución de este derecho como un nuevo modo de adquirir, abrigamos algunas dudas, porque en los hechos lo que termina por configurarse es un contrato, bien que sujeto a la contingencia procesal suspensiva de aprobarse la subasta, celebrado entre el martillero que acepta la oferta formulada por el mejor postor y el oferente que ha formulado una declaración de voluntad negocial. La aceptación final de ésta última no desnaturaliza al contrato celebrado, en todo caso será uno de los eslabones que integra el ejercicio del poder jurisdiccional, en el capítulo procesal de la subasta, a fin de alcanzar el objetivo final de la vía ejecutiva²⁹. A ese contrato, que preferimos no calificarlo públicamente de compraventa porque ello encierra un contrasentido dado que falta la voluntad de uno de los contratantes, en lo esencial y respecto de algunos de sus efectos, las normas de aplicación serán las del derecho privado y, por una cuestión de semejanza en cuanto a la relación que se crea, las del de compraventa, aunque resulte paradójico.

Resta establecer el alcance de la decisión adoptada en este plenario, frente a la posible existencia de antecedentes de dominio que resultan observables y puedan contrariar la adquisición verificada en subasta.

El interrogante que nos planteamos es el siguiente: ¿si por no ser este adquirente un sucesor singular (en los términos del art. 3266), ello le permite repeler los efectos de una acción reivindicatoria impetrada con arreglo a lo que establece el artículo 3955 del Código Civil?

De ningún modo, y tenemos razones para avalar esta negativa. En primer lugar y precisamente por aplicación de lo que decide el plenario, el adquirente recibirá el inmueble libre de las obligaciones que comprenden al ejecutado, respecto a la misma cosa, “[...] esto es sin que pueda el adquirente verse perseguido por el pago de impuestos, tasas y contribuciones devengadas antes de que tomara posesión del inmueble”³⁰, lo que implica una limitación en cuan-

(29) PALACIO, op. cit., pág. 569.

(30) CASTRO HERNÁNDEZ, Manuel Horacio. Su comentario al plenario citado en nota (27), pág. 102.

to a aquello que no se le podrá reclamar. Éste es, para nosotros, el alcance esencial de la decisión plenaria, lo que nos permite afirmar que, en segundo lugar, ese adquirente deberá responder, si se entabla la acción prevista en el artículo 3955, por los efectos reipersecutorios que tiene, toda vez que el inmueble hubiera sido donado a terceros y la donación estuviera sujeta a reducción por comprender parte de la legítima del heredero, donación que, a su tiempo, padece de la imperfectibilidad que señala el artículo 2663 de nuestro Código. Finalmente, por lo que dispone el artículo 3278 sobre que pasan al sucesor los derechos originariamente revocables sin perder esa identidad.

IV.) Los requisitos para inscribir una subasta pública

En el Código de rito se establece que la venta operada por subasta pública sólo quedará perfeccionada una vez aprobado el remate, pagado el precio o la parte que correspondiere, si se hubieren otorgado facilidades, y luego de realizada la tradición del inmueble a favor del comprador (art. 568 CPCCN).

Las normas registrales recogen estas directivas estableciendo:

A.) DECRETO 466/99³¹ – REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMUEBLE DE LA CAPITAL FEDERAL, Título Segundo. Normas Especiales. Capítulo I, Registro del dominio y del condominio, 4. Subastas públicas. “ARTÍCULO 94 - Cuando se adquiere el dominio o condominio en subasta judicial, el documento registrable podrá ser el testimonio de la escritura de protocolización de las actuaciones judiciales, o el que de ellas expidiere el actuario. En estos casos el documento deberá contener sin perjuicio de los demás recaudos exigibles, la transcripción de la parte pertinente de los siguientes autos:

- a) El que decreta el remate.
- b) El que lo aprueba.
- c) El que ordena la puesta en posesión y su cumplimiento, o la constatación de haberla recibido.
- d) El que tiene por abonado el precio.
- e) El que designa al escribano u ordena la expedición del documento a registrar, según el caso. Los autos referidos se transcribirán en su parte pertinente, con mención de la fecha y las fojas del expediente judicial al que corresponden.

ARTÍCULO 95 - Las medidas precautorias registradas con posterioridad a la fecha del auto que decreta el remate, serán desplazadas de su posición registral por el documento resultante de la subasta, comunicándose en tal caso la variación suscitada a los jueces respectivos, con indicación del fuero, juzgado, secretaría y juicio en el que aquélla se realizó”.

B.) REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. DISPOSICIÓN TÉCNICO REGISTRAL N° 2 DE FECHA 12.1.1974

“Artículo 1° - Toda vez que se ruegue la toma de razón de subasta pública (judiciales), relativas a derechos reales inscribibles, y las mismas se presenten en documentos judiciales o en escrituras de protocolización que además de los

(31) B. O. 12.5.99.

recaudos de estilo, contengan como mínimo: el auto que ordena la subasta; el aprobatorio de la misma; el que autoriza la posesión del bien y el que designa al funcionario que autoriza el documento traído (en el caso de protocolización de actuaciones); se procederá a inscribir según corresponda, sin que deba exigirse procedimiento diferenciado alguno para los distintos supuestos comprendidos en la ley. Estos recaudos se exigen, sin perjuicio de los que, en virtud de disposiciones registrales y catastrales vigentes, deban cumplirse con respecto al bien.

Artículo 2º - Toda vez que se ingrese documento judicial o escritura de protocolización, portante de mutación de derecho real de dominio, originado (a) en subasta pública, y el asiento de dominio que se refiere se encontrara afectado por alguna medida cautelar anotada con posterioridad a la fecha del auto que ordenó la subasta, se tomará razón lisa y llana, comunicando al o los juzgados oficiantes de la (s) cautela (s), el desplazamiento operado por efecto de la inscripción de la subasta, señalando para debido conocimiento de los terceros interesados: Juzgado, Secretaría y autos en los que se llevó a cabo la misma. Estas comunicaciones se efectuarán por intermedio del Departamento Inscripciones Especiales, en la forma de práctica y mediante carta certificada con aviso de recepción. Las mismas normas rigen para los documentos que a la fecha están en trámite”.

Esta disposición fue ampliada por la número 9 de fecha 18.12.75³² en estos términos:

“Artículo 1º - Decláranse comprendidas en la disposición técnico registral N° 2/74 las inhibiciones generales de bienes.

Art. 2º - Si procediere el desplazamiento de una medida cautelar de la naturaleza enunciada en el artículo anterior, su levantamiento se producirá al solo efecto de registrar el documento judicial o notarial originado en subasta pública cuya inscripción se solicita.

Art. 3º - A los fines indicados en los artículos precedentes, la comunicación que se remita al juzgado oficiante de la medida cautelar desplazada, deberá señalar que ésta última continúa vigente desde su registración, sin perjuicio de la inscripción del acto que se pone en conocimiento”.

Mediante la disposición técnico registral N° 10, de fecha 25.7.1991, se estableció que: “No será exigible la presentación de oficios de levantamiento de medidas cautelares y cancelaciones de hipoteca de fecha anterior al auto de subasta, bastando la transcripción de las resoluciones judiciales pertinentes en los documentos inscribibles, tanto de origen judicial como notarial, siendo necesaria su expresa rogación”.

Mediante la disposición técnico registral N° 7, de fecha 15 de noviembre de 1994, se dispuso: “Artículo 1º - En la calificación de los documentos que instrumenten transmisión del dominio originada en subasta pública, se tendrán por canceladas las hipotecas que gravan el inmueble, según resulte de los res-

(32) B. O. 8.1.76.

pectivos documentos y de los asientos registrales, no siendo necesaria, al efecto, su rogación expresa”.

V.- Consecuencias de adquirir en subasta frente a la existencia de antecedentes observables

Hemos dejado para el final considerar este punto, directamente conectado con lo que antes indicamos sobre los efectos de adquirir en subasta, frente a la acción reipersecutoria que se promueva por aplicación de lo dispuesto en el artículo 3955 del Código Civil.

Sobre el particular y otras circunstancias conexas, existen valiosos antecedentes que hemos tenido especialmente en cuenta. Nos referimos específicamente: al dictamen del miembro de número de esta Academia Nacional del Notariado, escribano Francisco Cerávolo, aprobado por el Consejo Directivo del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires en su sesión del 19 de agosto de 1992, publicado en la *Revista del Notariado* N° 830 (año 1992); al dictamen del escribano Horacio Lorenzo Pedro Herrera, aprobado por unanimidad por la Comisión Asesora de Consultas Jurídicas del mismo Colegio, publicado en la *Revista del Notariado* N° 856 (año 1999), referido a un supuesto de venta de un inmueble que ya se había adquirido por subasta pública; sin dejar de recordar el enjundioso aporte de nuestro permanente maestro, el recordado Carlos A. Pelosi, en su “Examen de algunas disposiciones erróneas y confusas del nuevo Código Procesal en aspectos notariales”, publicado en la *Revista del Notariado* N° 698 (año 1968), en el que explica por qué es necesario agregar el título que justifica el dominio del ejecutado en las subastas públicas.

Si bien excede el propósito de esta sesión profundizar el alcance de lo normado por el artículo 3955, no cabe duda de que ello ha sido una preocupación permanente del notariado, a tal punto que el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires se sumó al criterio de su Comisión de Consultas Jurídicas la que, a través de sucesivos dictámenes, tomó posición afirmativa en torno a la observabilidad de los títulos que tienen como antecedente una donación gratuita a heredero no forzoso. En igual sentido se expidió en su aporte a la XVI Jornada Notarial Argentina (Mendoza 1976).

En sentido contrario, computando lo expuesto por Aquiles Guaglianone (*Régimen Patrimonial del Matrimonio*) y Alberto G. Spota (*Instituciones de Derecho Civil. Contratos. Donación*), tanto la Comisión Central de Consultas del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, como a través del aporte que se presentara en la mencionada Jornada por la Delegación Morón de ese Colegio, publicada en las *Revistas Notariales* N° 879 y 880, se afirmó el criterio de que la acción emergente del artículo 3955 es de carácter personal.

Claro está que no es menor la cuestión del carácter personal o reipersecutorio de la acción de reducción, eventualmente impetrable hasta por el heredero forzoso³³, sobre todo porque en el último Proyecto de Código Civil de la

(33) DI LELLA, Pedro, “Reducción de la donación a heredero forzoso (o de cómo la donación es siempre título imperfecto de dominio)”, *JA*, Suplemento diario del 18.10.1995.

República Argentina, unificado con el Código de Comercio para el año 2000, en el artículo 2406 se previó que el legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables, lo que demuestra la vigencia del tema.

Nosotros nos pronunciamos por el carácter derivado de la adquisición de un inmueble que se produce por subasta pública, lo que naturalmente deja abierta la puerta para que prospere la acción del artículo 3955. Al presentar el tema en la Academia Nacional del Notariado, ese criterio contó con la adhesión mayoritaria, dejando a salvo su oposición los Consejeros Académicos Miguel Norberto Falbo y Osvaldo Solari Costa. En esa oportunidad, este tema que ahora tratamos quedó pendiente, no obstante lo cual se esbozaron ideas claramente opuestas.

La cuestión específica pasa por la observabilidad de los antecedentes del título que corresponde al ejecutado sobre el inmueble subastado, frente al requerimiento de protocolización de las actuaciones pertinentes.

Tratando de aproximarnos enfocaremos la cuestión desde diferentes ópticas.

A.) La intervención notarial

De acuerdo con lo que dispone el Código adjetivo, la transferencia de un inmueble subastado ocurre de manera excluyente en sede judicial, de tal modo que la intervención notarial queda acotada al otorgamiento y autorización de la escritura en la que se protocolice lo obrado hasta el perfeccionamiento de la venta. Tendrá en cuenta, a los efectos de inscribir el título producido, lo que establecen las disposiciones técnico-registrales.

Sería ineficaz que el notario o escribano interviniente, advirtiendo la existencia de antecedentes observables, lo ponga de relieve en el expediente; en primer lugar, porque no es parte, lo que restringe su marco de actuación, y en segundo lugar porque, aun si se admitiera su presentación, el riesgo potencial es que sea desestimada por no existir ninguna medida cautelar que trabe la disposición del bien, fundada en la mentada acción reivindicatoria, ni haberse presentado en los actuados, en respuesta a los edictos, el tercero que podría intentarla.

B.) La garantía de evicción

El ejecutado tiene, en esta materia, una responsabilidad restringida a la restitución del precio que produjo la venta (artículo 2122 Código Civil), lo que no enerva la posibilidad de que el adquirente se vea privado de su derecho como resultado de la acción que se intente por aplicación de lo que establece el artículo 3955. Es relevante tener en cuenta que la condición para que esta garantía sea ejecutable es que se trate de una transmisión a título oneroso, porque a la que es debida por el donante se refiere el artículo 2146 y cada supuesto que plantea esta norma deberá ser juzgado particularmente.

Por lo tanto, para nosotros, no será como consecuencia de la garantía de evicción que se reclamará del adquirente en subasta, sino como resultado del ejercicio de la acción prevista en el referido artículo 3955, sustentado en la posible imperfección del dominio transferido por donación, toda vez que ésta

haya sido inoficiosa. Porque ello genera su calidad de revocable en los términos del 2663: “Dominio revocable es el que ha sido transmitido en virtud de un título revocable a voluntad del que lo ha transmitido; o cuando el actual propietario puede ser privado de la propiedad por una causa proveniente de su título”.

C.) El estudio de títulos

Como lo señalara el escribano Herrera en su dictamen, el estudio de títulos resulta a todas luces un recaudo necesario para despejar de inseguridades la adquisición que se verifique en subasta. Aunque su análisis estaba referido a un supuesto en que el adquirente en subasta pretendía vender el inmueble que ya se le había adjudicado, y su cita final concierne a la decisión judicial que se adopta en autos “Vecchio, María G.”³⁴, caso en que la agregación del título antecedente era menester por las discordancias sobre la identidad del inmueble que se pretendía subastar, lo que posibilitaba su estudio como recaudo de buena fe creencia, no es menos cierto que ese estudio constituye una garantía de seguridad jurídica.

El problema a dilucidar es quién y en qué tiempo debe producirlo, habida cuenta, como lo indicamos, de que cuando la venta en subasta quedó perfeccionada, los remedios serán tardíos o directamente ineficaces.

La respuesta es que el estudio de títulos debe ser producido por todo aquel a quien le interese apostar en la puja acarreado, de no verificarlo, con las disvaliosas consecuencias de no poder traficar libremente en el mercado con el inmueble que adquirió.

D.) Naturaleza y plazo de prescripción de la acción de reducción

Dispone el artículo 3955 que la acción de reivindicación que le concede al heredero legítimo contra los terceros adquirentes de inmuebles no es prescriptible sino desde la muerte del donante. A pesar del *ius perseguendi* que confiere su naturaleza personal, es consecuencia de la nota del Codificador al artículo 4023 en la que, llamativamente, pone como ejemplo “[...] el derecho para pedir la legítima que corresponde por ley”. Sin perjuicio de la naturaleza atribuida, no se podrán evitar los efectos reipersecutorios que se originan como consecuencia de haber enajenado a terceros el bien donado.

Ante la inexistencia de una norma especial que fije el plazo prescriptivo, corresponderá aplicar la decenal ordinaria que establece el artículo 4023.

E.) La restitución por el tercero adquirente de un bien que antes fue objeto de una donación inoficiosa

La acción que intente el heredero forzoso o legitimario que ha visto afectada su legítima por una donación inoficiosa deberá cursarla en los términos del artículo 2670, oponible porque la causa de la revocación del dominio del

(34) CNCiv. Sala D. 20.12.83. L.L. 1984-C-2. (citando a ALTERINI, Atilio A., “Estudio de títulos”, LL. 1981-B-858 y ss.)

tercero, con efecto retroactivo, proviene del mismo título que produjo la donación, al estar sometida a la condición legal de no ser inoficiosa³⁵.

F.) Una propuesta de subsanación posible: la compensación indemnizatoria

Le corresponde al miembro de número de la Academia Nacional del Notariado, notario Rubén A. Lamber, la autoría de esta propuesta, cuyo texto completo puede consultarse en el *Cuaderno de apuntes notariales* N° 10³⁶, emitido por la ASESORÍA NOTARIAL PERSONALIZADA bajo su dirección, dependiente del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires y ampliarse con la exposición que obra en el *Cuaderno* N° 5, pág. 23, también de su autoría.

La consulta planteada, que diera motivo a este dictamen, trataba el caso del adquirente de un inmueble entre cuyos antecedentes existía una donación a tercero.

A fin de no desnaturalizar el dictamen del notario Lamber, preferimos reproducir lo pertinente de su texto:

“[...] La aceptabilidad de la propuesta de la subsanación que allí hacemos, depende de la voluntad de las partes de dar y aceptar una compensación indemnizatoria equivalente al valor de la cosa donada, que haga desaparecer el interés de los legitimarios [...]

“Pero el pago que haga el donatario, o su sucesor que acepta la merma patrimonial a fin de salvar la perfección del título, no merece objeciones por cuanto en definitiva, cumple el objeto de salvar la legítima, como la salva la acción de colación entre legitimarios cuando impone la obligación de traer el valor de las donaciones efectuadas en vida del causante, según lo que resulta del art. 3477 del CC.

“No es de la esencia de la acción de reducción, recuperar la cosa, sino evitar el perjuicio al legitimario, que seguramente no es exactamente el valor del bien, dado que a la muerte del donante recién se sabrá cuál es su patrimonio, y en mérito a ello, la inoficiosidad de las donaciones, tal como resulta de los arts. 1830 a 1832 y 3602 del CC.

“[...] Quien tenga interés y compensa al heredero, inactiva la acción, la deja carente de contenido.

“Eso es lo que ocurre con la indemnización compensatoria, que tiene el único objeto de salvar el título, reintegrando a los donantes el valor del desplazamiento patrimonial que podría haber lesionado a sus herederos.

“Que la pague un tercero que no sea el propio donatario, no invalida la subsanación, sin perjuicio de que el tercero pueda demandar a su vendedor por evicción ante el problema que le ha creado la observabilidad del título, siempre y cuando no haya renunciado expresamente a esta acción”.

(35) ZANNONI, Eduardo A., *Manual de derecho de las sucesiones*, 2ª edición actualizada, Edit. Astrea, Bs. As., 1989, pág. 484.

(36) Año 11 - La Plata, marzo de 1998.

Claro está que la propuesta requiere, para su instrumentación, de la presencia de quienes hayan intervenido y de su voluntad para desinteresar al legitimario afectado, lo que ya señaló en su dictamen el notario Lamber.

Seguramente la subsanación sugerida provocará dudas sobre la procedencia de convertir un acto originariamente gratuito en otro actualmente oneroso, y si bien es cierto que la conversión como instituto jurídico no ha tenido recepción en nuestra legislación civil, como sí la tuvo en otros códigos (alemán, italiano y portugués), la doctrina admite que la división puede ser material (cuando un negocio se convierte en otro sustancialmente distinto, como la donación en préstamo) y formal, cuando queda el mismo negocio, pero con forma diferente³⁷.

Puntualiza Zannoni³⁸, analizando el supuesto de una donación inoficiosa atacable por la acción del artículo 3955 –cuyo donatario mantiene la cosa en su poder–, que la solución propiciada mayoritariamente es la de que conserve el bien desinteresando al legitimario mediante pagarle el valor necesario hasta cubrir su legítima.

Comparte esta solución el autor que glosamos, apoyándola con los siguientes argumentos:

a.) Para la integración de las legítimas se computan esencialmente avalúos, los que, si bien se imputan a bienes determinados, importan valores contables en la masa del cálculo.

b.) “Porque pagando el donatario el valor del bien sujeto a reducción está, en los hechos, transformando el acto gratuito del donante en oneroso”.

c.) Si el límite de la reducción que se pretende es el equivalente al valor necesario para cubrir la legítima, al producirse el reintegro el procedimiento se verá facilitado.

d.) Si se le restituyese el bien el donatario tendría un crédito contra el legitimario “por la parte que, en valores, correspondiese imputar a la porción disponible”.

e.) “Porque el interés de los herederos forzosos en la restitución o reintegro del bien en especie desaparece si se satisface su precio: la sucesión universal –en última instancia– “tiene por objeto un todo ideal, sin consideración a su contenido especial, ni a los objetos de esos derechos (art. 3281)”.

Con arreglo a estos argumentos encontramos que no sería razonable coartarle al tercero la posibilidad de utilizar este mecanismo de subsanación, toda vez que de tal modo el legitimario obtendrá el valor que le cubra su porción íntegra.

(37) CIFUENTES, Santos, en *Código Civil y leyes complementarias*. Dir. Belluscio. Coord. Zannoni, tomo 4, Ed. Astrea. Bs. As., 1982, págs. 754/55.

(38) ZANNONI, op. cit., en nota (35), pág. 481.